

CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Cuenca, 24-25 de enero de 2017

EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE NOVIEMBRE DE 2016 Y LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE SERVICIOS PÚBLICOS: ANÁLISIS DE SU PLANTEAMIENTO Y PROPUESTA ALTERNATIVA

Por

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS

Director de los Servicios de Secretaría de la Diputación de Barcelona. Profesor asociado de la Universidad de Barcelona.

jlmartinez-alonso@ub.edu

RESUMEN: La comunicación analiza el planteamiento del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (PLCSP) de noviembre de 2016 en relación con las diferentes tipologías de servicios: a) públicos y no públicos; y b) que conllevan prestaciones directas a los ciudadanos y que integran prestaciones para la Administración. Del análisis se concluye la necesidad de una clarificación conceptual y del régimen jurídico de las figuras contractuales de carácter prestacional, y se formula una propuesta alternativa al PLCSP que las reconduce a las tipologías de contratos siguientes: 1) de gestión de servicios públicos (con las modalidades de concesión, gestión interesada, concierto, arrendamiento y sociedad de economía mixta); 2) de servicios; y 3) de concesión de servicios no públicos.

SUMARIO:

- 1. Introducción: aprobación del Proyecto de ley de contratos del sector público (PLCSP) y antecedentes**
- 2. El planteamiento tradicional: el objeto del contrato como delimitador del régimen jurídico y la centralidad del concepto de servicio público**
 - 2.1.El objeto del contrato como delimitador del régimen jurídico
 - 2.2.La centralidad del concepto de servicio público

3. El influjo comunitario y el auge del criterio de la transferencia del riesgo en la explotación del servicio público

- 3.1. La nueva línea argumental
- 3.2. Nuevas directivas de adjudicación de contratos de concesión (2014/23/UE) y sobre contratación pública (2014/24/UE) y su necesaria transposición
- 3.3. La propuesta de transposición en los ALCSP
- 3.4. Las objeciones al planteamiento y regulación de los ALCSP y alternativas
 - 3.4.1. La aplicación a la concesión de servicios no públicos del régimen de servicio público
 - 3.4.2. Limitaciones y disfunciones advertidas en la subsunción en el contrato de servicios de la gestión contractual de los servicios públicos en que no se produce la transferencia del riesgo operacional
 - 3.4.3. Las alternativas al planteamiento y regulación de los ALCSP

4. El PLCSP y la persistencia en los planteamientos: equívocos conceptuales y disfunciones en el régimen jurídico de la gestión contractual de los servicios públicos y del resto de servicios

- 4.1. Introducción
- 4.2. Concesión de servicios públicos y concesión de servicios no públicos
- 4.3. El contrato de servicios y la subsunción de la gestión contractual de servicios públicos en que no se transfiere el riesgo operacional al contratista: los denominados *servicios que conllevan prestaciones directas a los ciudadanos*

5. La clarificación conceptual y del régimen jurídico de las figuras contractuales de carácter prestacional

- 5.1. El objeto y los destinatarios de las prestaciones como criterios delimitadores de las tipologías de servicios, y la accesoriedad del de la transferencia del riesgo operacional
- 5.2. La definición de las figuras contractuales prestacionales y la configuración de los regímenes jurídicos respectivos
 - 5.2.1. Planteamiento y exigencias
 - 5.2.2. Tipologías: contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y contrato de concesión de servicios no públicos

6. Epílogo

7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN: APROBACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (PLCSP) Y ANTECEDENTES¹

En la reunión de 25.11.2016, el Consejo de Ministros aprobó el *Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (PLCSP), para su remisión a las Cortes generales.² Remitido al Congreso de los Diputados, la Mesa de la Cámara acordó, en fecha 29.11.2016, encomendar su aprobación con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia a la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas y publicar el texto del PLCSP.³

¹ **ABREVIATURAS:** **ALCSP:** Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público de abril y octubre de 2015. **AGE:** Administración General del Estado. **DCE:** Dictamen del Consejo de Estado. **CGSP:** Contrato de gestión de servicios públicos. **GENCAT:** Generalitat de Cataluña. **IJCCA:** Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. **L Aragón:** Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 7/1999, de 9.4, de la Administración Local. **LBRL:** Ley 7/1985, de 2.4, reguladora de las Bases del Régimen Local. **LCSP:** Ley 30/2007, de 30.10, de Contratos del Sector Público. **LGal:** Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 5/1997, de 22.7, de Administración Local. **LJCA:** Ley 29/1998, de 13.7, reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa. **LFNav:** Ley de la Comunidad Foral de Navarra 6/1990, de 2.7, de la Administración local de Navarra. **LFNavCont:** Ley de la Comunidad Foral de Navarra 6/2006, de 9.6, de Contratos públicos. **LMadrid:** Ley 2/2003, de 11.3, de Administración Local de la Comunidad de Madrid. **LRioja:** Ley de la Comunidad Autónoma de La Rioja 1/2003, de 3.3, de la Administración local. **LRSAL:** Ley 27/2013, de 27.12, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. **MINHAP:** Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. **PLCSP:** Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de noviembre de 2016. **RBASO:** Reglamento de bienes, actividades, servicios y obras de las entidades locales de Aragón, aprobado por el D 347/2002, de 19.11. **ROAS:** Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales de Cataluña, aprobado por el D 179/1995, de 13.6. **RS/1955:** Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por el D de 17.6. **TARC:** Tribunal Administrativo de recursos contractuales. **TRLCat:** Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, aprobado por el DLEG 2/2003, de 28.4. **TRLCSP:** Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el RDLegislativo 3/2011, de 14.11.

² Referencia de la reunión del Consejo de Ministros:
<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2016/refc20161125.aspx#Contratacion>; consulta efectuada el 5.1.2017.

³ Fuente: BOCG-CD, A-2-1 de 2.12.2016 (p. 1-233). Identificado con el núm. 121/000002, el PLCSP se encuentra accesible en:
http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-1.PDF Al cierre de este trabajo el Proyecto se encontraba en la fase de presentación de enmiendas hasta el 4.2.2017.

Se iniciaba así una tramitación parlamentaria, largamente esperada, y de cuyos antecedentes me interesa destacar los siguientes:

1ª Elaboración y sometimiento por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (MINHAP) al trámite de información pública del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP) de abril de 2015, respecto del cual presenté alegaciones (14.5.2015).

2ª Siguió luego un período, que va de mayo a octubre de 2015, durante el cual se fueron sucediendo informes de diversos órganos y organismos. En el curso del mismo, y sobre la base de las alegaciones antes citadas aunque ampliadas, elaboré el artículo «Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas», publicado en la Revista General de Derecho Administrativo, núm. 40 (octubre 2015).

3ª Cerrado y fechado el 21.10.2015, el texto del nuevo Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP/O/2015), fue remitido al Consejo de Estado para su Dictamen preceptivo por el Pleno.

4ª En la sesión de 10.3.2016, el Pleno del Consejo de Estado aprobó el Dictamen núm. 1116/2015 sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que, por lo que se refiere a la gestión contractual de servicios público locales, acoge las tesis y reproduce consideraciones y argumentos contenidos en mis alegaciones y en el artículo de mayo y octubre de 2015, respectivamente.⁴

La presente comunicación recapitula sucintamente los ejes del debate surgido en torno a dicha gestión en el período señalado (apartados 2 y 3), analiza el planteamiento del PLCSP de noviembre de 2016 al respecto (apartado 4) y formula una propuesta alternativa al mismo (apartado 5).

⁴ Tanto los ALCSP de abril y de octubre de 2015, como mis alegaciones de mayo y el artículo de octubre del mismo año y el Dictamen del Consejo de Estado de marzo de 2016 pueden consultarse en la página del GREL (*Grup de Recerca en Estudis Locals* / Universidad de Barcelona-UB, del que formo parte):

<https://grelub.wordpress.com/2016/04/26/opiniones-y-argumentos-defendidos-por-investigadores-del-grel-son-confirmados-por-el-consejo-de-estado/>

En relación con el tema debo consignar también que en fecha 4.11.2016 defendí la Tesis doctoral en la UB, con el título *La gestión contractual de los servicios públicos locales*, a la que el Tribunal formado por los Doctores Jordi Matas Dalmases (Presidente) y Manuel Zafra Víctor y la Dra. Encarnación Montoya Martín otorgó la calificación de Sobresaliente *Cum Laude*.

2. EL PLANTEAMIENTO TRADICIONAL: EL OBJETO DEL CONTRATO COMO DELIMITADOR DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y LA CENTRALIDAD DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO

2.1. El objeto del contrato como delimitador del régimen jurídico

A la hora de definir las diferentes figuras contractuales típicas y configurar su régimen jurídico las sucesivas leyes de contratos han seguido como criterio delimitador el de su objeto respectivo. No creo necesario insistir en esta consideración. Además de los supuestos evidentes de los contratos de resultado (obras y suministros), baste señalar que se definían y regulaban también en base al objeto los contratos de gestión de servicios públicos y de servicios tanto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 (art. 155.1 y 197.3), y su texto refundido de 2000 (155.1 y 196.3), como en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, y su texto refundido de 2011, (8.1 y 10 en ambos casos). Y de esa constante se hacía eco el Consejo de Estado en relación con el ALCSP.⁵

2.2. La centralidad del concepto de servicio público

Una idea incuestionable es la de la centralidad del concepto de servicio público y el reconocimiento que efectúa la legislación española, a pesar de que no ofrece una definición del mismo. En un intento de precisar más su concepto, y diferenciada del resto de actividades públicas (así, las de intervención administrativa, fomento, económica y de ejercicio de funciones públicas), he señalado que por *actividad de servicio público en el ámbito local* debe entenderse aquella *desarrollada* por una entidad pública local, por sí o indirectamente mediante un gestor contratado, para satisfacer las necesidades de los usuarios, conjunto de personas destinatarias de la misma, *caracterizada*, objetivamente, por venir constituida por prestaciones técnicas, que reportan utilidades a los usuarios que las reciben, configurada bajo criterios de

⁵ Dijo así: «es relevante constatar que la diferencia entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos ha pivotado tradicionalmente sobre la naturaleza de la prestación que constituye el objeto convencional. Así, la calificación del contrato de gestión estaba condicionada por la configuración como servicio público de las prestaciones encomendadas por la Administración mediante el mismo. Era habitual que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, con el objeto de dilucidar si la encomienda de determinadas prestaciones a un particular había de encauzarse como un contrato de gestión de servicios públicos o como un contrato de servicios, acudiera a la legislación sectorial. Sirve de ejemplo el informe 37/1995, de 24 de octubre, que estudió la cuestión de si prestaciones como la resonancia nuclear magnética o el transporte sanitario, las cuales, debiendo realizarse a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social, se encargaban en virtud de un contrato a una persona física o jurídica, merecían o no el calificativo de servicio público en sentido estricto. La Junta fundó la respuesta afirmativa en la regulación contenida en la legislación general de sanidad, que atribuye dicho calificativo a las prestaciones de los denominados servicios de salud integrados en el Sistema Nacional de Salud, en contraposición a las actividades sanitarias privadas» (DCE 1116/2015, p. 73).

generalidad e igualdad y en unas condiciones de continuidad y regularidad, y *declarada* por la legislación como servicio público local o *asumida* como tal por la entidad en el ámbito de sus competencias y de conformidad con el procedimiento administrativo.⁶

Centrándonos en la gestión indirecta, y respecto del contrato de gestión de servicios públicos (CGSP) y su vinculación con el servicio público como objeto del mismo, deben recordarse, en síntesis, las siguientes menciones normativas:

- En el TRLCSP/2011, los art. 8.1, 275.1 y 277, que reproducen lo establecido en los textos legales que le precedieron desde la Ley de Contratos de 1965.
- En la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), norma de cabecera de la legislación local, el art. 85.2, reiterado directamente o por remisión a las modalidades del CGSP en la legislación autonómica.⁷
- En relación con el *coste efectivo de los servicios*, incorporado en el art. 116 ter de la LBRL, la legislación de desarrollo impulsada por el MINHAP, en la que destaca la Orden HAP/2075/2014, que insiste de manera profusa en la conexión entre gestión indirecta de los servicios públicos locales y las modalidades de la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta, acogiendo así las observaciones formuladas en su día por el Consejo de Estado (Dictamen 781/2014, V.a.i).

Se trata, en definitiva, de un reflejo de la trascendencia de ese concepto, y cómo «no puede orillarse la importancia que la noción de servicio público ha tenido y tiene en el Derecho continental, como elemento vertebrador, no solamente de la contratación, sino en general de la actividad de los poderes públicos» (DCE 1116/2015, p. 76).

3. EL INFLUJO COMUNITARIO Y EL AUGE DEL CRITERIO DE LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO EN LA EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO

3.1. La nueva línea argumental

Y pese a la insistencia del legislador básico y de régimen local en la centralidad y el CGSP aludidos, su mandato se ha visto desautorizado en los últimos años por la tesis que, como extensión del derecho y la jurisprudencia comunitarios, preconiza la subsunción de la gestión de los servicios públicos en otro contrato, el de servicios y la preterición de las citadas formas de gestión indirecta, excepción hecha de la concesión,

⁶ MARTÍNEZ–ALONSO CAMPS (2007: 25 y 66 y 2014: 599).

⁷ Véase: LArag 7/1999 (art. 200.3), LFNava 6/1990 (192.3), LGal 5/1997 (295.4), TRLCat/2003 (249.5), LRioja 1/2003 (207.3), LMad 2/2003 (100.3), LIB 20/2006 (159.2) y LAnd 5/2010 (33.4).

acotada a los supuestos en que el prestador asume el riesgo de la explotación del servicio, sobre la base de que su remuneración provenga de las tarifas abonadas por los usuarios, exclusivamente o acompañadas de un pago o precio, o incluso si la contraprestación es satisfecha por la Administración siempre que haya un riesgo y este consista en que los ingresos derivados de la gestión dependan de hechos o circunstancias ajenas a la voluntad del contratista.

Esta tesis ha sido acogida por:

- las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa (JCCA), a destacar la de la Administración General del Estado y la de Aragón;
- los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales (TARC), a resaltar igualmente el Central y la de Aragón;
- y una prestigiosa doctrina: GIMENO FELIU (2010 y 2012 a 2016), GALLEGO CÓRCOLES (2011), RAZQUIN LIZÁRRAGA, J.A. (2012), SÁIZ RAMOS (2012), RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (2014 y 2016) y CARBONERO GALLARDO (2015).⁸

Lo cierto es que la aceptación de esta tesis, restrictiva respecto de la utilización de las modalidades del CGSP, ha venido a suponer una suerte de disociación entre el derecho positivo, detallado en el apartado anterior, y la efectiva utilización de los tipos contractuales en la gestión de los servicios públicos locales. Sin embargo, respecto de este planteamiento hay que hacer notar que, en rigor, no se produce una correlación exacta entre las conclusiones de la jurisprudencia comunitaria y las de la tesis restrictiva, toda vez que aquellas se contraen exclusivamente a la alternativa comunitaria de concesión de servicios/contrato público de servicios (*ex* Directiva 2004/18/CE, art. 1.2.d *versus* 1.4), mientras que el argumentario de dicha tesis contrapone el contrato de servicios al contrato de gestión de servicios públicos, reducido exclusivamente a la concesión y considerando que han perdido su vigencia las modalidades de la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta.

Con todo, debe precisarse que el auge que la *tesis restrictiva* expuesta ha ido adquiriendo, desde la aprobación de la LCSP/2007 hasta nuestros días, no significa que no se hayan mantenido otras posturas. Así la de la doctrina administrativa que, al amparo de la legislación básica contractual y local vigente, sigue considerando de aplicación el contrato de gestión de servicios públicos y sus diferentes modalidades, así como su funcionalidad.⁹

⁸ Además de la remisión a los trabajos de los autores citados, sobre las referencias a la jurisprudencia comunitaria y a los pronunciamientos de las Juntas Consultivas y los Tribunales Administrativos me remito a las consignadas en mi artículo (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2015: 35-37).

⁹ Con diferentes planteamientos a los que me remito, cabe citar a FUERTES LÓPEZ (2013 y 2015), HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2016), MESTRE DELGADO (2011) y VILLAR ROJAS (2016).

Y este vino siendo el escenario donde se barajaban las distintas opciones contractuales para la gestión de servicios públicos hasta principios de 2014, fecha a partir de la cual nuevos factores incidirían en la polémica.

3.2. Nuevas directivas de adjudicación de contratos de concesión (2014/23/UE) y sobre contratación pública (2014/24/UE) y su necesaria transposición

En este escenario, vino a sumarse la necesidad de la transposición de las tres nuevas Directivas comunitarias (2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE, sobre contratación pública, y 2014/25, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, todas ellas de 26.2.2014 y publicadas en el DOUE de 28.3.2014). Centrando el análisis en las dos primeras Directivas cabe destacar los siguientes aspectos:

a) La nueva Directiva 2014/23/UE define el contrato de «*concesión de servicios*» como «*un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago*» (art. 5.1.).

b) Por su parte, la nueva Directiva 2014/24/UE no regula los contratos públicos de servicios en un solo precepto, sino que su definición resulta de la integración de las notas contenidas en varios de ellos, de manera que cabe conceptuarlo como aquel contrato oneroso, celebrado por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes económicos, cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos a la ejecución de obras, entendidas éstas como ejecución de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo II o conjuntamente con el proyecto (art. 2.1.5), 6) y 7 y CDO 8).

c) Se reiteran, pues, las definiciones comunitarias de los contratos públicos de servicios y de las concesiones de servicios, confirmándose la transferencia del riesgo como criterio de distinción entre éstas y aquel contrato, si bien se sustituye la mención al precio por la de pago como complemento al derecho a explotar el servicio, y con una regulación muy precisa de la transferencia de dicho riesgo, calificado ahora como *operacional* (art. 5.1, *in fine* y CDOs 18, 19 y 20).

d) De acuerdo con su propia naturaleza, las Directivas 2014/23 y 24/UE, sobre concesiones y contratación pública, vinculan a los Estados miembros en la consecución de las finalidades que persiguen, dejando a las autoridades internas competentes la elección de la forma y los medios adecuados para ello (respectivamente, CDOs 5 y 6 y art. 2, y CDOs 6 y 7 y art. 1.4), prescripción esta que hay que entender que se concreta

en la capacidad que los Estados miembros disponen para mantener sus propios tipos contractuales (así, el CGSP), siempre que la transposición respete naturalmente las determinaciones de las Directivas.¹⁰

3.3. La propuesta de transposición en los ALCSP

En la tarea de transponer las Directivas, y tal como se ha adelantado, hay que referirse a dos Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público: el sometido a información pública (abril de 2015) y el remitido al Consejo de Estado (finales de octubre de 2015). Con todo, en ambos casos el planteamiento respecto de la gestión contractual de los servicios públicos fue el mismo, sin modificación del articulado, y cabe sintetizarlo así:

1º Omisión del CGSP entre los contratos que se regula en los ALCSP en el Título Preliminar, tanto en la mención genérica a los contratos administrativos (art. 25), como en las definiciones específicas referidas a los contratos de obras (13), concesiones de obras (14), concesiones de servicios (15), suministro (16), servicios (17) y mixtos (18).

2º Atribución al contrato de concesión de servicios de la gestión de aquellos servicios *«cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir el precio»*, explotación que *«implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional»* (15).

Configuración dual de la concesión toda vez que podrá tener por objeto tanto servicios públicos, como *«servicios que no sean públicos»* (EM, IV, pfo. 5º y 282), traslación en bloque de los preceptos sobre el CGSP contenidos en el TRLCSP/2011 a la regulación de la concesión y remisión expresa, con carácter supletorio, a la *«regulación establecida respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquél»* (art. 295).

3º Subsunción en el contrato de servicios de la gestión de aquellos servicios públicos en los que el prestatario no asuma el riesgo operacional en la gestión de los mismos; criterio que procede, de un lado, del razonamiento *a contrario sensu* de la no-inclusión del CGSP entre los regulados en los ALCSP de 2015, y de la definición vista del contrato de concesión de servicios y, de otro, de la amplísima conceptualización de los contratos de servicios como *«aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio en forma sucesiva y por precio unitario»* (ALCSP, art. 17, pfo. 1º), y anunciado todo ello en la Exposición de motivos (IV, pfo.5).

¹⁰ Sobre el resto de aspectos relevantes de las Directivas me remito a mi artículo y a la bibliografía allí citada (MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, 2015: 11-16 y 39-40).

4º Establecimiento del criterio interpretativo según la cual «*las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley*» (ALCSP, DA36).

3.4. Las objeciones al planteamiento y regulación de los ALCSP y alternativas

Al planteamiento y regulación de los ALCSP cabía manifestar dos objeciones: la relativa a la *aplicación a la concesión de servicios no públicos del régimen de servicio público* y la referida a las *limitaciones y disfunciones advertidas en la subsunción en el contrato de servicios de la gestión contractual de los servicios públicos en que no se produce la transferencia del riesgo operacional*. Al análisis sucinto de tales objeciones se dedican los dos apartados siguientes, completado con el atinente a las *alternativas formuladas*.

3.4.1. La aplicación a la concesión de servicios no públicos del régimen de servicio público

Partiendo de la configuración dual de la concesión en el ALCSP antes señalada y por contraste con los públicos ya definidos, los *servicios no públicos* integrarían unas actuaciones que, constituidas lógicamente por utilidades y siendo recibidas efectivamente por terceros, su prestación no responde a una obligación derivada de la competencia de la Administración. Faltando este título, pero concurriendo el de la titularidad de los inmuebles en que se prestan los servicios y no implicar ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, podría darse cobertura contractual a supuestos en que se produce una explotación económica y concurre la transferencia del riesgo operacional, (*ex. ALCSP, 282.1*).¹¹

¹¹ Así, por ejemplo, los habituales *servicios de cafetería y restauración* de edificios públicos (ministerios, universidades y otros), objeto de controversia sobre su calificación como contratos de servicios, administrativos especiales o patrimoniales, entiendo que podrían encontrar acomodo en esta concesión de servicios no públicos, porque obviamente la oferta de tales servicios aunque reporta utilidades a terceros, no integra competencia alguna de las Administraciones, que sí ostentan la titularidad de los espacios y dependencias en que se prestan. Y siempre sobre la base de que el concesionario asuma los riesgos de demanda y oferta y el resto de determinaciones que se establezcan (sobre tarifas, ejecución de las obras y canon a satisfacer, entre otras). Sobre el encaje de este contrato en la concesión de servicios comunitaria véase el IJCCA de la Administración General del Estado núm. 25/2012, de 20.11 (FJ 2, in fine). Sobre el carácter no público de estos servicios consúltese también: STS de 16.9.2004 (Ar. 6281, gestión de cafetería en hospital público); TARC Central (R 192/2011, servicio de restauración en Palacio de Congresos de Madrid, adscrito a TURESPAÑA, organismo autónomo de la AGE); GIMENO FELIU (2012; 30-31) y MIGUEL MACHO (2016: 230).

De acuerdo con el planteamiento de los Anteproyectos, se aplicaba un régimen jurídico diseñado específicamente para los servicios públicos, el que la legislación contractual básica ha venido atribuyendo al CGSP, a un objeto que se identifica como servicios que no sean públicos; en definitiva, esos servicios no públicos veían trascendida su lógica y sus límites propios y eran sometidos a una regulación pensada para su antónimo (ALCSP, 282-294). Y de ahí la objeción formulada: resultando falta de causa la aplicación del régimen jurídico exclusivo del servicio público, configurado a fin de garantizar la continuidad, regularidad y demás exigencias derivadas de tal objeto, se imponía la alternativa de la reconducción del régimen jurídico de los servicios no públicos, sobre la base de la no-aplicación de las prerrogativas y potestades previstas para aquél. La relación de las no aplicables en tanto que inherentes al régimen del servicio público es la siguiente (entre paréntesis los preceptos correspondientes del ALCSP):¹²

- las obligaciones del concesionario vinculadas estrictamente al servicio público (art. 286);
- la modificación del contrato y el mantenimiento del equilibrio económico en tanto que vinculados con el interés público (art. 288);
- la inaplicación de la suspensión del contrato, instada por el contratista ante el impago por plazo superior a 4 meses (ex 196.5 y 206.1 del ALCSP);
- la no embargabilidad de los bienes en tanto que debe circunscribirse a los afectos al servicio público (art. 289.3);
- las previsiones sobre el secuestro o la intervención, en relación con el incumplimiento del concesionario, atendida su vinculación con el servicio y el interés públicos (art. 291);
- las causas de resolución de la concesión del rescate y la supresión del servicio por razones de interés público (art. 292.b) y c) y, consecuentemente, los efectos a ellas vinculados (art. 293).

3.4.2. Limitaciones y disfunciones advertidas en la subsunción en el contrato de servicios de la gestión contractual de los servicios públicos en que no se produce la transferencia del riesgo operacional

Otros supuestos susceptibles de reconducir a la concesión serían los *servicios de fotocopias, encuadernación y copistería*, tan habituales en las facultades y escuelas de grado medio y superior, y los *servicios de prensa, librería y regalos*, que podemos encontrar en los hospitales y otros centros de pública concurrencia.

¹² La objeción y las prescripciones que no deben resultar de aplicación a las concesiones de servicios no públicos las detallé en las alegaciones al ALCSP (p. 18) y en el artículo de la RGDA (p. 19 y 20), y son reproducidas expresamente las tres últimas por el Consejo de Estado (Dictamen 1116/2015, p. 246).

Una de las principales novedades del planteamiento de los ALCSP la constituía el art. 310, intitulado *especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*, expresión con la que se estima que se pretendía dar cobertura a la subsunción de los servicios públicos como objeto del propio contrato de servicios en el que no se transfería el riesgo operacional. En síntesis, las conclusiones que se desprenden de su análisis son las siguientes:

1ª El art. 310.1 establecía que *«en los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos, en particular en los sanitarios y sociales, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate»*, lo que suponía la traslación al contrato de servicios de la previsión contenida para las concesiones de servicios en el ALCSP (285.2) y en el TRLCSP (279.2, referido al CGSP). Se trata de una fórmula algo arcaica y que en la legislación más actualizada se sustituye por la referencia a la potestad de dirección y control del servicio público. Pese al intento, la fórmula de los poderes de policía se movía en el ámbito estrictamente contractual, y no podía alcanzar a sustituir a las prerrogativas y potestades que la legislación, local principalmente, atribuye a la Administración titular del servicio público y a la gestión indirecta del mismo.

2ª El art. 310.2 abría la posibilidad a *que el pliego podrá prever para el adjudicatario (en rigor, debiera ser el contratista) una serie de obligaciones*, cuya relación guarda paralelismo, aunque de manera parcial, con las establecidas para el concesionario de servicios en el ALCSP (286 y 289, con los precedentes del TRLCSP, 280 y 283, referidos al CGSP), y cuya relación es la siguiente:

2ª.1. *Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica fijada* (nótese que se obvia la referencia a las tarifas aprobadas).

2ª.2. *Cuidar del buen orden del servicio* (sin que se recoja la previsión equivalente a que *el concesionario puede dictar las oportunas instrucciones*).

2ª.3. *Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración*, cláusula sobre responsabilidad que, a su vez, supone una excepción al propio régimen del contrato de servicios.¹³

¹³ Efectivamente, sin dejar de reconocer la lógica que guiaba esta incorporación, el resultado es un tanto alambicado: recapitulando sobre la responsabilidad frente a terceros, tenemos una regla específica para la concesión (ALCSP, 286.c y TRLCSP, 280.c), una general para el resto de contratos (ALCSP, 194 y TRLCSP, 214) y una excepción a ésta, que se aplica a un subtipo del de servicios, y que coincide con la específica de la concesión (la del ALCSP, 310.2), condicionada, no obstante, a que así se prevea en el PCAP. Pero ¿qué pasaba si por olvido no se incluía? Pues que regía la cláusula general aplicable al contrato de servicios, aunque se tratase de aquellos que conlleven prestaciones directas en favor de los ciudadanos. En mi opinión, el régimen jurídico mismo del contrato y la seguridad jurídica quedaban bastante cuestionados.

2ª.4. *Entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados* (obsérvese que se incorpora aquí la definición material de las obligaciones de entrega propias de la *reversión*, figura cuya mención obvia, y objeto de un estatus jurídico especial, ex ALCSP, 289 y TRLCSP, 280).

Con todo, debe significarse que la imposición al contratista de estas obligaciones quedaba supeditada a su consignación en el pliego, por lo que su no-inclusión en el mismo no permitiría su exigencia a aquél. Y es que, incluso de imponerse, su fuerza se circunscribiría siempre al marco contractual (*ex PCAP*, no *ex lege*), igualmente sin el amparo de las ya aludidas prerrogativas y potestades públicas previstas en la legislación.

3ª El art. 310 contenía, además, una serie de prevenciones que se reproducen a continuación:¹⁴

«La prestación de los servicios a que se refiere el presente artículo se efectuará en dependencias o instalaciones propias del contratista, siempre que sea posible. De no ser esto posible, se harán constar las razones objetivas que con carácter excepcional motivan la prestación en centros dependientes de la entidad contratante. En estos casos, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración y, de no ser así, se diferenciarán claramente las funciones y los puestos del personal de la Administración y los de la empresa adjudicataria, a efectos de evitar la confusión de plantillas. Los trabajadores y los medios de la empresa contratante se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones.»

Pese a la mención del inicio, más que para supuestos *de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*, las prevenciones reproducidas del art. 310 del ALCSP tienen su lógica en el ámbito de los servicios no públicos: regla general de prestación en las instalaciones del contratista y, en su defecto, identificación de sus trabajadores para que no se confundan con los empleados públicos (supuestos habituales de los contratos de limpieza y vigilancia en edificios públicos y otras actividades cuya destinataria es la Administración).

El planteamiento y la regulación del art 310 de los ALCSP, pues, adolecía de unas disfunciones que comprometían la gestión contractual de los servicios públicos en que no se producía la transferencia del riesgo operacional.¹⁵

¹⁴ Estas prevenciones tenían su origen en unos informes críticos emitidos por el Tribunal de Cuentas (Moción de 26.2.2009), sobre los que habremos de volver después.

¹⁵ Debe significarse que estas disfunciones las relacionaba en mis alegaciones al ALCSP de mayo de 2015 (p. 18 a 22) y en mi artículo publicado en la RGDA de octubre de 2015 (p. 20 a 23). Y, precisamente, el Consejo de Estado, tras reproducir el art. 310 del ALCSP, concluía: «esta previsión no resulta bastante para hacer frente a las limitaciones y disfunciones que

A las disfunciones señaladas sobre el art. 310 que se acaba de comentar había que añadir las *omisiones en la regulación del contrato de servicios en los supuestos en que no se transfiriera el riesgo operacional al contratista*, que, en síntesis, eran las siguientes:¹⁶

- De un lado, que la gestión de servicios públicos en tal caso se vería desamparada de la aplicación de las prescripciones que el propio texto de los Anteproyectos establecía para la concesión de servicios públicos y la actual legislación, contractual (TRLCSF en relación con el CGSP) y local, reserva para la gestión indirecta de los mismos, esto es, precisamente aquellas respecto de las cuales se objetó su extensión a los servicios no públicos objeto de concesión (véase el apartado 3.4.1).
- De otro, ante la falta de previsión legal respecto del contrato de servicios, tampoco resultarían ejercitables por la Administración las potestades que el ordenamiento jurídico le confiere por tratarse de servicios públicos y que la legislación acota al contrato de gestión de los mismos, concretamente, las potestades de ordenación y dirección del servicio y control del mismo.

3.4.3 Las alternativas al planteamiento y regulación de los ALCSP

A mi juicio, la raíz de las disfunciones del planteamiento de los ALCSP radica en haber prescindido de la noción de servicio público a la hora de encarar la configuración de las diferentes figuras contractuales. En congruencia con esa valoración, estimo que lo que se presenta como imprescindible es partir de la idea de la necesidad de articular un régimen jurídico unitario de la gestión contractual de los servicios públicos, si bien para desarrollar satisfactoriamente este planteamiento hay que contar naturalmente con un condicionamiento: la regulación comunitaria. Es obvio que cualquier configuración normativa deberá observar las determinaciones contenidas en las Directivas 2014/23 y 24/UE, sobre adjudicación de concesiones y de contratación pública, respectivamente. Y llegados a este punto, *de lege ferenda*, cabían dos opciones:

a) La de los contratos de concesión que, sobre la base de la transferencia del riesgo operacional al contratista (*ex* Directiva 2014/23/UE), diferencian su régimen jurídico en función de si el objeto contractual es un servicio público o no; opción que se debe complementar con la regulación del contrato de gestión de servicio público, reservado ahora para los supuestos en que no se transfiera el riesgo operacional al contratista, y

resultan de la apelación al contrato de servicios en la gestión de servicios públicos en que no se transfiera riesgo operacional» (Dictamen 1116/2015, p.77 y 78).

¹⁶ Estas consideraciones las incluí en mis alegaciones al ALCSP en mayo de 2015 (p. 22 a 24) y en mi artículo publicado en la RGDA de octubre del mismo año (p. 24 a 26), y son reproducidas por el Consejo de Estado en su Dictamen 1116/2015 (p. 78 y 79).

cuyas modalidades son la gestión interesada, el concierto, la sociedad de economía mixta y el arrendamiento, convenientemente actualizadas con las exigencias de la Directiva 2014/24/UE, referidas al contrato de servicios.

b) La de los contratos de concesión que, sobre la misma base de la transferencia del riesgo operacional al contratista citada en el apartado anterior, diferencian su régimen jurídico en función de si el objeto contractual es un servicio público o no; opción que se debe complementar con la regulación del contrato de servicios (ex D 2014/24/UE) y la necesaria aprobación de un nuevo régimen legal de los servicios públicos.¹⁷

Dejo aquí la exposición, para desarrollar más adelante el análisis de las posibilidades de cada una de las opciones, las cuales ciertamente pivotan sobre la solución normativa aplicable a la gestión contractual de los servicios públicos en la que no se transfiere el riesgo al contratista.

4. EL PLCSP Y LA PERSISTENCIA EN LOS PLANTEAMIENTOS: EQUÍVOCOS CONCEPTUALES Y DISFUNCIONES EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y DEL RESTO DE SERVICIOS

4.1. Introducción

Iniciada a finales de noviembre de 2016 la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, el análisis de las modificaciones introducidas respecto del Anteproyecto de octubre de 2015 se centrará en el contraste de ambos textos en relación con las objeciones señaladas en el apartado anterior, atendida su relevancia en la configuración de las figuras contractuales de la concesión, de gestión de servicio público y de servicios.

Con pesar debo adelantar que, en mi opinión, persisten en los planteamientos del PLCSP los equívocos conceptuales y las disfunciones en el régimen jurídico de la gestión contractual de los servicios públicos y del resto de servicios.

4.2. Concesión de servicios públicos y concesión de servicios no públicos.

Respecto de la primera disfunción, la *aplicación a la concesión de servicios no públicos del régimen de servicio público*, debe recordarse que, en el ALCSP, la articulación de la regulación de la concesión se caracterizaba por la traslación en bloque de los preceptos del contrato de gestión de servicios públicos contenidos en el TRLCSP/2011. En

¹⁷ De las dos opciones, la primera es la que defendí en las alegaciones al ALCSP y en el artículo de abril y octubre de 2015 (en especial, p. 27 a 34 y 28 a 39, respectivamente); la otra, es la que, también como alternativa después de la anterior, contempla el Consejo de Estado (Dictamen 1116/2015, p. 79 y 80).

congruencia con esa articulación y para corregir tal disfunción, la lógica aconsejaría mantener el régimen jurídico general para la concesión de servicios públicos y excepcionar la aplicación de las prerrogativas y potestades propias del mismo, para el supuesto de la concesión de servicios no públicos.

Sin embargo, el Proyecto de ley no sigue ese criterio, sino el inverso, esto es, ir anudando para el caso de que la concesión recaiga sobre servicios públicos la aplicación de unas concretas prescripciones.¹⁸ Y así se establece en el articulado en relación con el *ejercicio de los poderes de policía que conserva la Administración para asegurar la buena marcha del servicio* (PLCSP, 285.2), el *secuestro o intervención del servicio* (PLCSP, 291.1), y el *rescate y la supresión del servicio por razones de interés del servicio* (PLCSP, 292.b y .c). Consecuentemente, el empleo de esa técnica normativa debería llevar a la conclusión de que cuando no se contiene tal mención al caso de servicios públicos, la determinación en cuestión no sería aplicable a la concesión de los mismos, sino a su antónimo, esto es, a la concesión de servicios no públicos.

Sin dejar de resaltar la inversión de la opción natural que supone, es obvio que la aplicación de tal criterio podía entrañar eventuales disfunciones.

- a) La primera, la del olvido de vincular con el servicio público prerrogativas que tradicionalmente se han asociado con este. Y eso fatalmente sucede. Así, no hay referencia alguna al servicio público en dos casos trascendentales: en la modificación del contrato y el mantenimiento del equilibrio económico (PLCSP, 288) y en la no embargabilidad de los bienes afectos a la concesión (PLCSP, 289.3).¹⁹

¿Debe acaso interpretarse que tales instituciones no rigen en la concesión de servicios públicos?

¹⁸ De manera expresa se reconoce: «*la Ley, siguiendo la Directiva 2014/23/UE, no limita la concesión de servicios a los servicios que se puedan calificar como servicios públicos. En consecuencia, se establece la aplicación específica y diferenciada de determinadas normas a la concesión de servicios cuando esta se refiera a servicios públicos. Así, por ejemplo, la aplicación de las normas específicas de estos servicios a las que se hacía referencia anteriormente, esto es, el establecimiento de su régimen jurídico y, entre otras cuestiones, los aspectos jurídicos, económicos y administrativos relativos a la prestación del servicio (lo que se viene a denominar su «publicatio»); la imposibilidad de embargo de los bienes afectos; el secuestro o la intervención del servicio público; el rescate del mismo; o el ejercicio de poderes de policía en relación con la buena marcha del servicio público de que se trate*» (EM, IV, pfo. 16).

¹⁹ Y ello pese al propósito enunciado en la Exposición de motivos ante transcrito (IV, pfo. 16, 7ª línea), que expresamente se refería a imposibilidad de embargo de los bienes afectos, aunque luego se olvide de vincularlo a los servicios públicos en el precepto citado.

- b) La segunda disfunción, consecuencia del anterior, se concreta en que esa no-mención comporte la aplicación en exclusiva a la concesión de servicios no públicos de prerrogativas configuradas para los públicos. Ese sería el caso de los dos supuestos citados en el apartado anterior, y de otro cuya trascendencia merece un énfasis especial. Concretamente, no encuentra justificación la inaplicación para los servicios no públicos de la figura de la suspensión del contrato, instada por el contratista ante el impago por plazo superior a 4 meses (ex 196.5 y 206.1 del PLCSP), y prevista con carácter general para todas las concesiones de servicios en el art. 284 del Proyecto de ley, sin que dicho precepto la concrete al supuesto de que el contrato tenga por objeto servicios públicos. Y lo cierto es que esa suspensión ha venido estando prevista en los sucesivos textos normativos y con carácter general para todos los contratos, excepción hecha del de gestión de servicios públicos en el que se disponía su no-aplicación en atención a su objeto (así, en el TRLCSP, ex 276 en relación con 216,5 y 220.1).

Se concluye de lo dicho que deberían corregirse esas disfunciones en el curso del trámite parlamentario, e invertir los criterios utilizados: la regla general habría de ser la aplicación a la concesión de servicios públicos de las determinaciones consignadas en el proyecto (que son las trasladadas del CGSP regulado en el TRLCSP) y la excepción, la no-aplicación a la concesión de servicios no-públicos de las prescripciones privativas de aquellos. Esa sería la vía si se optara, como sucedía en los ALCSP y se mantiene en el PLCSP, por regular específicamente la concesión de servicios públicos y al efecto de diferenciar las dos modalidades.²⁰

Otra solución normativa sería la de regular la concesión de servicios no públicos a partir de la aplicación del régimen jurídico del contrato de servicios, diferenciándola naturalmente de este en la configuración de la contraprestación que recibe el concesionario consistente en la explotación del servicio, atendido que asume la transferencia del riesgo operacional, lo que exige la observancia de las determinaciones de la Directiva 2014/23/UE.²¹

²⁰ En tal caso, sería partidario de detallar en el artículo las determinaciones no aplicables (las relacionadas al final del epígrafe 3.4), con una cláusula de captación final que excluyera la aplicación a los no públicos de las prerrogativas reservadas a la prestación de los servicios públicos.

²¹ Este es el criterio que estima aplicable, a partir del 18.4.2016 y mientras no se produzca la transposición, la JCCA GENCAT en su Informe 1/2016, de 6.4 (apartado IV, p. 44): «hay que tener en cuenta que cuando el objeto de la concesión sea la prestación y gestión de un servicio que no cumpla los requisitos para ser calificado como de servicio público, se aplicarán los preceptos de la Directiva de concesiones con efecto directo, y los del TRLCSP aplicables a los contratos de servicios mientras no los contradigan».

4.3. El contrato de servicios y la subsunción de la gestión contractual de servicios públicos en que no se transfiere el riesgo operacional al contratista: los denominados *servicios que conllevan prestaciones directas a los ciudadanos*.

Como se recordará, para el supuesto de la gestión contractual de servicios públicos en que no se transfiere el riesgo operacional contratista, y ante las disfunciones señaladas respecto del planteamiento del ALCSP que la subsumía en el contrato de servicios, cabían dos opciones:

- a) La de reconducirla al contrato de gestión de servicios públicos, con sus modalidades de gestión interesada, concierto, sociedad de economía mixta y la reintroducción del arrendamiento, actualizando el régimen jurídico de dicho contrato e introduciendo las exigencias sobre publicidad comunitaria, recurso especial de contratación y las demás resultantes de la Directiva 2014/24/UE.
- b) Reconfigurar el contrato de servicios, dotándolo de un régimen jurídico que garantice los derechos de los usuarios y la continuidad y regularidad de los servicios públicos en los supuestos en que estos constituyan su objeto.

El Proyecto de ley se acoge a la segunda opción y lo manifiesta ya en la Exposición de motivos, cuyas afirmaciones aunque extensas merece la pena reproducir:

*«(...) determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico hasta ahora vigente se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que **el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios**. Ahora bien, este cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio.*

Por esta razón, en la medida que la diferencia entre el contrato al que se refiere el párrafo anterior y el contrato de concesión de servicios es la asunción o no del riesgo operacional por el empresario, es preciso que todo lo relativo al régimen de la prestación del servicio sea similar. Por ello, se ha introducido un artículo, el 310, donde se recogen las normas específicas del antiguo contrato de gestión de servicios públicos relativas al régimen sustantivo del servicio público que se contrata y que en la nueva regulación son comunes tanto al contrato de concesión de servicios cuando estos son servicios públicos, lo que será el caso más general, como al contrato de servicios, cuando se refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio.

*Para identificar a estos contratos que con arreglo a la legislación anterior eran contrato de gestión de servicios públicos y en esta Ley pasan a ser contratos de servicios, se ha acudido a una de las características de los mismos: que la relación se establece directamente entre el empresario y el usuario del servicio, por ello se denominan **contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos**.» (EM, IV, pfos. 13, 14 y 15).*

Y tales propósitos el PLCSP los concreta en el art. 310, que presenta una redacción distinta de la del ALCSP (se resaltan las modificaciones):

«Artículo 310. Especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos.

1. En los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos se deberán cumplir las siguientes prescripciones:

a) Antes de proceder a la contratación de un servicio de esta naturaleza deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

b) El adjudicatario de un contrato de servicios de este tipo estará sujeto a las obligaciones de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada; de cuidar del buen orden del servicio; de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración; y de entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

c) Los bienes afectos a los servicios regulados en el presente artículo no podrán ser objeto de embargo.

d) Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar el secuestro o intervención del mismo hasta que aquella desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.

e) La Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos de que se trate.

f) La prestación de los servicios a los que se refiere el presente artículo se efectuará en dependencias o instalaciones propias del contratista, siempre que sea posible. De no ser esto posible, se harán constar las razones objetivas que con carácter excepcional motivan la prestación en centros dependientes de la entidad contratante. En estos casos, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración y, de no ser así, se diferenciarán claramente las funciones y los puestos del personal de la Administración y los de la empresa adjudicataria, a efectos de evitar la confusión de plantillas. Los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones.

g) Además de las causas de resolución del contrato establecidas en el artículo 311, serán causas de resolución de los contratos de servicios tratados en el presente artículo, las señaladas en las letras c), d), y f) del artículo 292.»

Sobre la regulación del Proyecto de ley cabe formular las siguientes consideraciones:

1ª El precepto transcrito del Proyecto es objeto de una modificación substancial en relación con el contenido que presentaba en el Anteproyecto, intentando responder así a las objeciones planteadas sobre este art. 310.

2ª Con carácter general debo decir que no acabo de entender la razón por la que se prescinde en el articulado del término *servicios públicos* y se utiliza, en cambio, esa expresión de *servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*. Porque, una de dos: o se pretende que signifiquen lo mismo o integran conceptos diferentes.

Si se emplea como sinónimo de *servicios públicos* hay que objetar su uso, tanto por la posible confusión que introduce, como por incumplir la máxima conceptista de la doble bondad de lo breve.²²

Pero el problema es que, queriendo darle el mismo sentido que el de servicios públicos tal como se anuncia en la Exposición de motivos, si se reflexiona sobre el significado de la nueva locución, se constata que acaba siendo distinto de aquel. Porque la expresión *servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos*, se quiera o no, incluye a los servicios públicos, sí, pero también a los servicios no públicos, esto es, los que integran actuaciones que, constituidas por utilidades y siendo recibidas por los ciudadanos, su prestación no responde a una obligación derivada de la competencia de la Administración.

3ª Y los efectos jurídicos que se anudan a esa expresión omnicomprendiva en el art. 310 del PLCSP son, precisamente, los de la aplicación del régimen del servicio público. Se produce así una paradoja: rebrota en el contrato de servicios el problema que se planteó con la concesión, y la aplicación del régimen del servicio público a los que no tenían esta condición; problema que, siendo objeto de advertencia como se ha expuesto en apartados anteriores, dio lugar a que el redactado del Anteproyecto fuera modificado en el Proyecto de ley para remediarlo, aunque ciertamente con resultados fallidos.²³

²² No es solo que se incumplan los consejos de Baltasar Gracián, es que se cae de nuevo en el error de preterir términos precisos y arraigados en la tradición jurídica española, sustituyéndolos por expresiones largas como ya sucediera con la de la *oferta económica más ventajosa determinada con un solo criterio, el precio, o más de uno* (ex TRLCSP, 150.1), alternativas que, como se recordará, vinieron a desplazar normativamente las palabras *subasta* y *concurso*, que tan enraizadas estaban en el lenguaje contractual y respecto de las cuales hay que señalar que, lamentablemente, no han sido recuperadas en el PLCSP/2016.

²³ Véanse los epígrafes 3.4.1 y 4.2.

4ª Es por ello que la pretendida mejora introducida en el Proyecto, en el sentido de establecer como obligatorias las garantías y prerrogativas del servicio público (PLCSP, 310.1, primer inciso), sustituyendo así la opción que en el Anteproyecto se reservaba para incluir en el pliego, esa nueva prescripción acaba volviéndose inconveniente por cuanto resulta imperativamente de aplicación a los servicios no públicos prestados directamente a los ciudadanos. Y ello se concreta en las determinaciones antes reproducidas sobre establecimiento del régimen jurídico, obligaciones del adjudicatario (debiera decir el contratista), inembargabilidad de los bienes, secuestro o intervención del servicio, ejercicio de los poderes de policía por la Administración sobre el mismo, y las causas de resolución del rescate, supresión del servicio y secuestro o intervención de este por plazo superior a tres años (PLCSP, 310.1, letras a) a e) y g). Prescripciones todas ellas privativas de los servicios públicos y que se han incorporado al art. 310 del Proyecto en respuesta a las objeciones anteriormente señaladas, pero cuya aplicación a los servicios no públicos resulta incorrecta.

5ª Por otro lado, la determinación contenida en el apartado f) del art. 310.1 del PLCSP antes transcrito (y que con el mismo redactado figuraba en el art. 310 del ALCSP, pero como núm. 3), tiene su lógica en el *ámbito tradicional del contrato de servicios*: regla general de prestación en las instalaciones del contratista y, en su defecto, identificación de sus trabajadores para que no se confundan con los empleados públicos (supuestos habituales de los contratos de limpieza y vigilancia en edificios públicos, actividades de apoyo administrativo o técnico y otras cuya destinataria es la propia Administración).²⁴

Por el contrario, tales reservas y la calificación de las excepcionalidades que contiene el precepto no se adecúan a los múltiples contratos de gestión de los servicios públicos en los ámbitos sanitario, asistencial, educativo y cultural, en los que, al no concurrir transferencia del riesgo operacional, no serían subsumibles en la concesión de servicios, y deberían serlo en el contrato de servicios en aplicación del planteamiento del Anteproyecto ahora reiterado en el Proyecto.²⁵ Una vez más se ponen de manifiesto las disfuncionalidades de este planteamiento, pues lo que sirve para un ámbito del contrato (los servicios para la Administración), supone un inconveniente para el otro (los servicios públicos), porque, efectivamente, los centros de asistencia primaria, los centros de día para mayores, las escuelas infantiles y guarderías y las ludotecas y

²⁴ Tal como se anticipó, la referencia es obligada a los informes críticos emitidos por el Tribunal de Cuentas (Moción de 26.2.2009). Tras las fiscalizaciones efectuadas, denunció los excesos e irregularidades advertidos en contratos de servicios para la realización de trabajos o servicios vinculados directamente con actividades logísticas o que formaban parte de las funciones de gestión interna propias de la AGE, y de resultados de ello se adoptaron una serie de medidas para poner freno a los mismos, constituyendo el art. 310 que se comenta una manifestación más de esas medidas. En el ALCSP se incluía en el núm. 3 del art. 310, es decir como un apartado diferenciado en el precepto que se comenta.

²⁵ Debe significarse que estas disfunciones las relacionaba en mis alegaciones al ALCSP de mayo de 2015 (p. 22) y en mi artículo publicado en la RGDA de octubre de 2015 (p 23).

centros culturales son mayoritariamente de propiedad municipal, bienes de dominio público afectos a los servicios públicos que se prestan en tales dependencias e instalaciones, y cuya gestión se contrata con un tercero. No hay excepcionalidad alguna en estos casos, sino la realidad que ha venido siendo propia del contrato de gestión de servicios públicos, preferentemente bajo la modalidad del concierto.

En todo caso, esa regla general de prestación en las instalaciones del contratista y las determinaciones sobre sus excepciones (identificación de los trabajadores para que no se confundan con empleados públicos, no compartición de espacios y diferenciación de tareas), habría que haberla consignado en relación con los servicios para la Administración y no debería figurar en el art. 310 del ALCSP, sino –se sugiere– en el genérico art. 306, sobre contenido y límites del contrato de servicios (como apartado 3 del mismo, atendida la conexión que guarda con el apartado 2, que contiene otras reservas sobre este tipo de prestaciones²⁶).

6ª Las modificaciones introducidas en el Proyecto, pues, no resuelven las objeciones formuladas al art. 310 del Anteproyecto.²⁷

7ª Por otro lado, de persistir en una configuración tal de esta figura, resultará que el contrato de servicios no tiene un régimen jurídico definido, sino que se cuentan hasta tres subtipos, que van mutando en función de los diferentes objetos que se le atribuyen, y de los destinatarios de las prestaciones heterogéneas que integra.

5. LA CLARIFICACIÓN CONCEPTUAL Y DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FIGURAS CONTRACTUALES DE CARÁCTER PRESTACIONAL

5.1. El objeto y los destinatarios de las prestaciones como criterios delimitadores de las tipologías de servicios, y la accesoriadad del de la transferencia del riesgo operacional.

Atendida la confusión terminológica que se desprende de las consideraciones formuladas, y los resultados a que conduce en la configuración de las figuras

²⁶ En concreto, el art. 306.2 del PLCSP prescribe lo siguiente:

«A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista.»

²⁷ Aunque sea un tema de trascendencia menor debe señalarse también la deficiencia que resulta en la propia configuración del precepto en el PLCSP que, tras las modificaciones, queda con un solo apartado 1, tras la supresión del 2 y 3 del ALCSP.

contractuales, creo que es necesaria una clarificación conceptual de las diferentes tipologías de servicios.

A tal efecto propongo la siguiente taxonomía de prestaciones:

a) En función de los *destinatarios* de las mismas, cabe distinguir entre:

a.1) Servicios que integran prestaciones para la Administración.

a.2) Servicios que conllevan prestaciones directas a los ciudadanos.

Como es obvio, el elemento de diferenciación entre las respectivas prestaciones de cara a su contratación con un tercero radica en la bilateralidad que definirá las primeras, circunscrita al binomio Administración-contratista, mientras que en las segundas se trasciende ese estricto marco para proyectarse en beneficio de los ciudadanos.

Frente a la relativa simplicidad del contrato por el que se ofrecen los servicios a la Administración, la cuestión a resolver con el contrato por el que se prestan servicios a los ciudadanos se centra en evaluar si este dato, por sí solo, tiene o no la suficiente relevancia como para justificar un régimen jurídico unitario, para lo cual es preciso ahondar en la caracterización de su contenido servicial.

b) En atención al *objeto* o, si se prefiere, a la *naturaleza jurídica de las prestaciones directas a la ciudadanía*, habría que diferenciar entre:

b.1) Las que integran el concepto de *servicios públicos*, esto es, los que se corresponden con obligaciones y competencias atribuidas a las Administraciones públicas y regidas por los imperativos de asistencia y garantía a los ciudadanos derivados de la forma de Estado social definida en el art. 1.1 de la Constitución.²⁸

b.2) Aquellas otras prestaciones que, constituidas por utilidades y siendo recibidas efectivamente por los ciudadanos, su gestión no responde a un mandato vinculado directamente con competencias de la Administración, razón por la cual cabe identificarlas como *servicios no públicos*.

Sobre las diferentes prescripciones que, desde el punto de vista del régimen jurídico, deben caracterizar la regulación según se trate de servicios públicos o de los que no tengan este calificativo su motivación es doble:

²⁸ Con su correlato del art. 9.2 de la misma: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

- de un lado, debe insistirse en la necesidad de las determinaciones especiales que caracterizan la de los primeros, como vía para garantizar los derechos de los usuarios y la continuidad y regularidad de los servicios públicos en el marco del Estado social;

- de otro, que ese régimen especial no debe aplicarse a los servicios no públicos, toda vez que estaría falta de causa tal extensión y, además, resultaría desproporcionada la imposición al eventual contratista que los prestase de la serie de limitaciones y condicionamientos que derivan del referido régimen de los servicios públicos.

Sobre la base, pues, de la clasificación propuesta, cabe formular las consideraciones que se detallan a continuación:

1ª Desde la perspectiva del régimen jurídico de la erogación de las prestaciones que integran, los tipos esenciales de servicios son los siguientes:

1.a) *Servicios que integran prestaciones para la Administración*

1.b) *Servicios públicos*

1.c) *Servicios no públicos*

2ª La categoría de los *servicios que conllevan prestaciones directas a los ciudadanos* tiene un valor meramente descriptivo, funcional si se quiere, que sirve para diferenciarla de la referida a los *servicios que integran prestaciones para la Administración*. Pero nada más, pues aquella aloja dos tipos de servicios, los *públicos* y los *no públicos*, cuyo régimen jurídico indefectiblemente ha de ser distinto. Por tal razón, la inclusión de la categoría genérica en el Proyecto de ley es inapropiada y no genera más que equívocos.

3ª A los mismos efectos de la determinación del régimen jurídico de la prestación de servicios, el criterio de la *transferencia del riesgo operacional* tiene un carácter accesorio, no esencial. Sin duda es trascendental para la definición de la ecuación económica del contrato y, en función de si se produce o no tal transferencia, se derivarán consecuencias para su licitación (así, la fijación de umbrales comunitarios para su publicación en DOUE) y las demás que se prevean como consecuencia de la bilateralidad del contrato. Pero ello no debería ni condicionar ni, peor aún, alterar la regulación de la prestación de los servicios públicos que debe ser unitaria, como medio imprescindible para asegurar la igualdad de los usuarios de los mismos y las demás garantías necesarias. Y en haber atribuido en este ámbito un valor determinante al criterio de la transferencia del riesgo operacional entiendo, respetuosamente, que radica el error en el planteamiento del ALCSP, primero, y del PLCSP, después, consistente en la eliminación del contrato de gestión de servicios públicos y la subsunción en el

contrato de servicios de los de carácter público en que no se transfiere el riesgo operacional al contratista.²⁹

5.2. La definición de las figuras contractuales prestacionales y la configuración de los regímenes jurídicos respectivos

5.2.1. Planteamiento y exigencias

Llegados a este punto, considero que para diseñar una correcta definición de las figuras contractuales prestacionales y una precisa configuración de los regímenes jurídicos respectivos es necesario atender a dos exigencias:

1ª) Que los tipos de servicios que constituyan el objeto de las figuras contractuales sean los esenciales, esto es, los ya acotados como:

- *Servicios que integran prestaciones para la Administración*
- *Servicios públicos*
- *Servicios no públicos*

2ª) Que los regímenes jurídicos que regulen la contratación a un tercero de las prestaciones de tales servicios se configuren intentando encontrar el punto de equilibrio entre:

- de un lado, la necesaria diferenciación en los supuestos en que el objeto y los destinatarios de los mismos la demanden, lo que naturalmente apunta a los *servicios públicos*,
- y, de otro, la no excesiva proliferación de tipologías contractuales, de suerte que una misma pueda acoger prestaciones que, aunque con un cierto grado de heterogeneidad, sean susceptibles de una regulación unitaria, hipótesis lógica cuyo análisis se desarrollará después.

²⁹ Sobre la trascendencia del referido criterio u sus consecuencias debe recordarse el juicio que certeramente emite el Consejo de Estado al respecto:

«El desplazamiento de la noción de servicio público como elemento diferenciador de las dos modalidades contractuales aludidas, para poner el foco en un aspecto, sin duda, importante, pero de índole organizativo, como es si se transfiere o no el riesgo operacional, es el germen de diversas distorsiones. Al fin y al cabo, si el adjudicatario asume o no el aludido riesgo es una cuestión capital para regular las relaciones entre las partes en el contrato, pero sin impacto directo en los ciudadanos destinatarios de los servicios públicos, en beneficio de los cuales ha de garantizarse la continuidad e igualdad en la prestación» (DCE núm. 1116/2015, p. 77).

5.2.2. *Tipologías: contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y contrato de concesión de servicios no públicos.*

De acuerdo con los requerimientos planteados en el apartado anterior, las figuras contractuales prestacionales a incluir en la futura Ley de Contratos del Sector Público y sus características esenciales deberían ser, a mi juicio, las siguientes:

A) Contrato de gestión de servicios públicos

A.1) Definición:

El contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio público cuya prestación ha sido atribuida o asumida como propia de su competencia por los poderes encomendantes.³⁰

A.2) Modalidades de la contratación de la gestión de los servicios públicos:

a) Concesión, por la que el contratista gestionará el servicio público y cuya contraprestación a su favor consiste o bien en el derecho a explotarlo o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio, lo que implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional en la explotación del servicio público, abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación del servicio público que sea objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

b) Cuando no se transfiera el riesgo operacional al contratista, la contratación de la gestión de servicios públicos habrá de adoptar una de las modalidades siguientes:

b.1) Gestión interesada, en cuya virtud el poder adjudicador y el gestor participarán en los resultados económicos de la prestación del servicio público en la proporción que se establezca en el contrato.

³⁰ La selección de los términos empleados parte de la definición del CGSP contenida en el TRLCSP (art. 8), que se recoge para circunscribirla a la concesión en el PLCSP (15), del cual se toma la referencia a *los poderes adjudicadores*. Por cierto, que no se usa esta expresión sino la de *Administración* en la regulación posterior de la concesión de servicios en el PLCSP (art. 282 a 295). Como es bien sabido, la noción de *Administración* tiene un ámbito más reducido que el de *poderes adjudicadores* (*ex* PLCSP, 3.2 *versus* 3.3), por lo que debería resolverse la discrepancia; en mi opinión, a favor del concepto más amplio

b.2) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate y mediante la utilización de sus servicios o instalaciones.

b.3) Arrendamiento de las instalaciones pertenecientes al poder adjudicador titular del servicio público al contratista para ser utilizadas por este en la prestación del servicio público.

b.4) Sociedad de economía mixta en la que el poder adjudicador participe en concurrencia con personas naturales o jurídicas.³¹

A.3 Régimen jurídico de referencia:

El régimen jurídico de referencia para regular el contrato de gestión de servicios públicos se corresponde con el previsto para esta figura contractual en el vigente TRLCSP/2011, completado con las determinaciones de la Directiva 2014/23/UE, para el caso de que la explotación del servicio sea objeto de concesión, y con las determinaciones consignadas para el contrato de servicios en la Directiva 2014/24/UE, en el supuesto de que la prestación del servicio se desarrolle mediante gestión interesada, concierto, arrendamiento o sociedad de economía mixta, modalidades estas en las que no se transfiere el riesgo operacional al contratista.³²

B) Contrato de servicios

B.1) Definición:

³¹ La propuesta sobre las modalidades del CGSP parte de las consignadas para este mismo contrato en el TRLCSP (art. 277), con dos modificaciones:

- la incorporación del criterio de la transferencia del riesgo operacional para definir la concesión de servicios públicos (*ex. D 2014/23/UE*);
- y la reintroducción normativa del arrendamiento, que permite una diferenciación relevante de las modalidades en las que no se transfiere el riesgo operacional, y cuya definición se toma del ROASCat/1995 (275.1).

Asimismo, se precisan más las características del concierto tomando el redactado también del ROAS (270.1).

³² Además de todos los argumentos ya citados, como justificación de la atribución de los respectivos regímenes jurídicos deben citarse los textos siguientes:

- Recomendación de la JCAA AGE (BOE 66, 17.3.2016): en función de si se refiere a la concesión (3.1.5) o al resto de modalidades del CGSP (3.1.5.2.a, *in fine*);
- IJCCA GENCAT 1/2016, de 6.4: en función igualmente si se trata de la concesión (CDJ IV, p 41 a 43) o del resto de modalidades (CDJ IV, p. 43 y 44 y última conclusión).
- Como se recordará, se trata de los criterios que deben aplicarse durante el período transitorio que va desde el 18.4.2016 hasta que se produzca la transposición de las Directivas y como consecuencia del efecto directo de estas.

Son contratos de servicios aquellos en los que el contratista no asume la transferencia del riesgo operacional del contrato y cuyo objeto viene constituido por prestaciones de hacer consistentes en:

- a) el desarrollo de una actividad para las entidades del sector público;
- b) la realización de una actividad cuyos destinatarios sean los ciudadanos y su objeto no tenga la consideración de servicio público;
- c) la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario.³³

B.2) Régimen jurídico de referencia:

El régimen jurídico de referencia para regular el contrato servicios se corresponde con el previsto para esta figura contractual en el vigente TRLCSP/2011, con las determinaciones consignadas para el contrato de servicios en la Directiva 2014/24/UE.

C) Concesión de servicios no públicos

C.1) Definición:

El contrato de concesión de servicios no públicos es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio de su titularidad que no tenga la consideración de servicio público y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio, lo que implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional en la explotación del servicio, abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación del servicio no público que sea objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a

³³ La definición se integra a partir de los contenidos sobre el contrato de servicios del PLCSP (art. 15), complementados con las menciones al *desarrollo de una actividad para las entidades del sector público*, de un lado, y a *la realización de una actividad cuyos destinatarios sean los ciudadanos y su objeto no tenga la consideración de servicio público*, de otro, lo que permite identificar claramente a ambas.

Por otro lado, se incorpora el criterio de la no transferencia de riesgo como elemento caracterizador del contrato de servicios y que lo diferencia de la concesión.

las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.³⁴

C.2) Régimen jurídico de referencia:

El régimen jurídico de referencia para regular el contrato de concesión de servicios no públicos se corresponde con el previsto para el contrato de servicios en el vigente TRLCSP/2011, completado con las determinaciones de la Directiva 2014/23/UE, sobre adjudicación de concesiones.³⁵

6. EPÍLOGO

A lo largo de las páginas anteriores se ha analizado la evolución y el planteamiento del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de noviembre de 2016 en relación con las diferentes tipologías de servicios: a) públicos y no públicos; y b) que conllevan prestaciones directas a los ciudadanos y que integran prestaciones para la Administración. En mi opinión, del análisis se concluye la necesidad de una clarificación conceptual y del régimen jurídico de las figuras contractuales de carácter prestacional, por lo que, a tales efectos, se formula una propuesta alternativa al PLCSP, que someto al juicio de los participantes en este Congreso Internacional sobre Contratación Pública.

Frente al planteamiento del Proyecto, la propuesta mantiene la vigencia del *contrato de gestión de servicios públicos* (CGSP), con sus modalidades de *concesión*, *gestión interesada*, *concierto* y *sociedad de economía mixta*, a la que se añade la del *arrendamiento*. Se logra, de esta manera, preservar un régimen jurídico unitario para la gestión contractual que tenga por objeto un servicio público, que se complementa con un elenco de figuras, cada una con su elemento relevante, lo que permite acudir a la que resulte más idónea en atención a las peculiaridades del servicio público en cuestión cuya prestación se contrata. Así, en la concesión, en relación con la explotación de servicios públicos económicos en que se produzca la transferencia del riesgo operacional al contratista, lo que exige la aplicación de las determinaciones de la Directiva 2014/23/UE, con la complejidad que le es inherente y que ya ha sido objeto de análisis por la doctrina. Por lo demás, el PLCSP traslada a la concesión de servicios públicos el régimen del CGSP regulado en el TRLCSP/2011, por lo que en este punto hay total coincidencia con el Proyecto.

³⁴ La definición resulta de la argumentación que se ha expuesto en el epígrafe 4.2 y del contraste con la regulación propuesta para la concesión de servicios públicos.

³⁵ Se opta así por configurar la concesión de servicios no públicos en atención a su conexión con las prestaciones que son objeto del contrato de servicios en la propuesta formulada, excepción hecha de la formulación de la ecuación económica de la concesión que, al transferir al contratista el riesgo operacional, debe regirse por las determinaciones de la D 2014/23/UE.

En lo que se refiere al resto de modalidades, caracterizadas por la no transferencia de ese riesgo al contratista, la propuesta parte de la base de la aplicación de las prescripciones relativas al contrato de servicios en la Directiva 2014/24/UE (publicidad comunitaria, recurso especial de contratación y las demás que establece). Sentado este criterio, el régimen jurídico aplicable deberá ser el mismo que en el caso anterior, esto es, el previsto para el CGSP en el Texto refundido de 2011, lo que se completa con la caracterización del elemento relevante de cada una de las otras formas, lo que posibilita la adaptación del contrato al servicio público concreto:

- a) En la *gestión interesada*, la articulación de la retribución del contratista que, en el supuesto más común, distingue una remuneración mínima que se garantiza al gestor (asunción de ese riesgo económico por la administración) y una remuneración añadida variable en función de los resultados económicos de la explotación, con las modalidades de asignaciones proporcionales (al gasto o a los ingresos) u otras primas de naturaleza diferente (por aumento del número de usuarios, por ejemplo). La gestión interesada se puede preconizar para servicios que por razón legal o corporativa se hayan de prestar (lo que se asegura con la remuneración mínima o fija para el gestor), y en relación con los cuales sea posible obtener mejores resultados económicos a partir de una gestión eficiente que atraiga usuarios (así, la de los servicios de transporte de viajeros, culturales y de turismo, complejos culturales y de ocio).
- b) En cuanto a la modalidad del *concierto*, esta se define como aquella que permite a la Administración contratar con un particular la prestación de un servicio público, sobre la conjunción de los elementos relevantes de una solvencia técnica acreditada del contratista, que aporta sus instalaciones o sus servicios, con una determinación precisa del pago por la utilización de éstos, lo que evidencia el objetivo de la regulación y la funcionalidad del concierto: articular esta modalidad en términos de contención del gasto y sin transferencia del riesgo al contratista. Ese pago puede ser a cargo exclusivo de la Administración en el caso de servicios gratuitos, aunque el concierto también admite, sin quebranto de su naturaleza, la posibilidad de percibir de los usuarios unas tarifas que cubran parcialmente la financiación del servicio, lo que no excluye la eventual cobertura total del mismo. En cuanto a sus aplicaciones, el concierto puede resultar idóneo en relación con servicios gratuitos o servicios en que el rendimiento económico para la administración sea reducido (sanitarios, asistenciales y educativos), aunque también con servicios en que la variación de sus prestaciones (por razones tecnológicas o de otro tipo) sea elevada.
- c) En la *sociedad de economía mixta*, el elemento relevante lo constituye la participación público-privada en el capital de la sociedad que debe articularse, desde la perspectiva de la Administración, mediante su conciliación con los principios de publicidad y concurrencia en la selección del socio privado, atendida su configuración contractual. Esta sociedad de economía mixta se configura, de un lado, para incorporar, junto al capital que financia la inversión y obtiene el

correspondiente beneficio, las funcionalidades de la gestión privada, principalmente las técnicas de gestión vinculadas con la eficiencia y el abaratamiento de costes y, de otro, para que la Administración esté presente en el consejo de administración y conozca la situación económico-financiera de la sociedad prestataria del servicio, salvando así las dificultades que encuentra para saber de esa situación en el resto de modalidades de gestión indirecta. La participación privada puede ser mayoritaria o minoritaria, en función de lo cual se modula la incidencia del socio privado en el protagonismo de la gestión y en la toma de decisiones de la sociedad. Esta modalidad se vincula con servicios públicos económicos, esto es, aquellos con rendimientos significativos de este carácter, ya sea por la percepción de tarifas de los usuarios, ya por la posible valorización que pueda obtener la sociedad mixta de su gestión (así, el caso de los residuos), y completada su financiación con la aportación de la Administración titular del servicio. Los ámbitos susceptibles de aplicación de este tipo de sociedad son los relativos a los servicios de cementerios y funerarios, recogida y tratamiento de residuos y limpieza viaria, alcantarillado, saneamiento y depuración de aguas residuales, abastecimiento domiciliario de agua potable, mercados, aparcamiento público y pavimentación de vías urbanas. Sentado todo lo anterior, debe recordarse que, en el supuesto de que la configuración económica del contrato supusiera la transferencia del riesgo operacional al contratista, la figura a utilizar sería obviamente la concesión de servicios públicos.

- d) *De lege ferenda* se formula la propuesta de reintroducción en la legislación básica del *arrendamiento*, previsto en el pasado como especificidad local y en esta propuesta con carácter general, con vistas a cubrir el espacio que ha dejado la anterior configuración de la concesión como modalidad en la que, sin concurrir ninguno de los elementos relevantes de las otras modalidades de gestión indirecta, no se produce transferencia esencial del riesgo operacional, y ello unido al elemento relevante tradicional del arrendamiento, referido a la prestación del servicio en instalaciones propias de la Administración titular del mismo. En el arrendamiento podría encontrar fácil acomodo la gestión de los servicios de mantenimiento y ornato de cementerios, parques, jardines y otros espacios públicos, asistencia social y sanidad desarrollados en centros locales o autonómicos, servicios prestados en instalaciones deportivas de uso público, y los vinculados al turismo, ocio, ocupación del tiempo libre y culturales desarrollados en equipamientos propiedad de la entidad pública titular de los mismos.

Definido el contrato de gestión de servicios públicos, la propuesta se completa con la configuración de las otras dos figuras contractuales de carácter prestacional. En primer término, *el contrato de servicios*, cuyo objeto viene constituido por prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad para las entidades del sector público, la realización de una actividad cuyos destinatarios sean los ciudadanos y su objeto no tenga la consideración de servicio público, o la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. Se trata de prestaciones con un cierto grado de heterogeneidad, si bien su configuración prestacional permite un régimen

jurídico unitario, que no es otro que el que tradicionalmente ha correspondido a esta figura, ya no lastrada en la propuesta por la necesidad de incorporar determinaciones para garantizar la prestación de un servicio público, toda vez que este ya no integra los objetos posibles del contrato de servicios.

La segunda figura, la *concesión de servicios no públicos*, responde al objetivo de dar cumplimiento a las exigencias de la Directiva 2014/23/UE, pero sin que le sea de aplicación un régimen jurídico que le es impropio (el inherente a los servicios públicos); consecuentemente, el régimen aplicable es el del contrato de servicios, con las salvedades requeridas por la transferencia del riesgo operacional en la explotación de estos servicios no públicos por el contratista, lo que determina la observancia de las prescripciones de la Directiva aludida.

Se cierra así el círculo de las figuras contractuales de carácter prestacional con una propuesta que creo que satisface las exigencias establecidas:

- Que los tipos de servicios que constituyan el objeto de las figuras contractuales sean los esenciales (servicios públicos, servicios no públicos y servicios que integran prestaciones para la Administración).
- Que los regímenes jurídicos que regulen la contratación a un tercero de las prestaciones de tales servicios se configuren intentando encontrar el punto de equilibrio entre, de un lado, la necesaria diferenciación en los supuestos en que el objeto y los destinatarios de los mismos la demanden, lo que naturalmente apunta a los servicios públicos, y, de otro, la no excesiva proliferación de tipologías contractuales, de suerte que una misma pueda acoger prestaciones que, aunque con un cierto grado de heterogeneidad, sean susceptibles de una regulación unitaria, lo que incluye a los servicios no públicos y a los que integran prestaciones para la Administración.
- Que en la regulación de todo ello se logre conciliar la observancia de las determinaciones establecidas en las Directivas Comunitarias con las garantías que aporta el régimen jurídico unitario del contrato de gestión de servicios públicos, de suerte que queden garantizados los derechos de los usuarios y la continuidad y regularidad de los servicios públicos en el marco del Estado social.

7. BIBLIOGRAFIA

CARBONERO GALLARDO J.M. (Dir. y Coord.) (2015): *Administración Local Práctica. Casos Prácticos de Derecho Administrativo y haciendas locales*. El Consultor de los Ayuntamientos/La Ley.

FUERTES LÓPEZ, M. (2013): «Los riesgos del riesgo de explotación (Crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios)». En Gimeno Feliú, J.M. (Dir.) y Bernal Blay, M.A. (Coord.): *Observatorio de Contratos Públicos 2012*. Ed. Aranzadi, 2013.

FUERTES LÓPEZ, M. (2015): «Discriminación territorial y una coda». *El blog de esPublico* 26.11.2015. Accesible en:

<http://www.administracionpublica.com/discriminacion-territorial-y-una-coda/>

GALLEGO CÓRCOLES, I. (2011): «Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I y II)». *Revista Contratación Administrativa Práctica*. La Ley, núm. 111 y 112, septiembre y octubre de 2011.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2010): *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*. Cizur Menor (Navarra). Thomson-Aranzadi.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2010b): «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 9.

GIMENO FELIU, J.M. (2012): «Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP». En: *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 156, octubre-diciembre 2012.

GIMENO FELIU, J.M. (2014): «Contratación pública estratégica. Transparencia y procedimientos. Las modificaciones del contrato». Conferencia impartida en el Seminario «La Contratación Pública bajo las Nuevas Directivas: ¿Cumplimos con Europa?» European Institute of Public Administration / Escola d'Administració Pública de Catalunya. Barcelona, 7-8.7.2014.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2014b): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*. Thomson Reuters Aranzadi.

GIMENO FELIU, J.M. (2015): «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad». Ponencia presentada en el X Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo; Madrid, 6.2.2015.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2015b): «El valor interpretativo de las nuevas directivas de Contratación Pública antes del vencimiento del plazo de transposición». *Observatorio de Contratación Pública*, 30.3.2015. Accesible en:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.191/relcategoria.208/relmenu.3/chk.b124558896f43f2d2997a872b828b959>

GIMENO FELIÚ, J.M. (2015c): «La nueva directiva de Contratación Pública». Jornada celebrada el 3.6.2015 en Castellón, organizada por la Diputación de esta provincia. El vídeo está disponible en <http://www.contratacionpublicacp.com/>; consulta efectuada el 8.8.2015.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2015d): «La Contratación Pública en los contratos sanitarios y sociales». Observatorio Contratación pública. Accesible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.194/relcategoria.208/relmenu.3/chk.fda916418919b4edadc19f1025462bf6>

GIMENO FELIU, J.M. (2015e): «Novedades introducidas en el anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público». Observatorio Contratación Pública. Accesible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.196/relcategoria.121/relmenu.3/chk.82c4e2ee0e6a5bef2833a42e3e930570>

GIMENO FELIU, J.M. (2015f): «La nueva reforma de la contratación pública», ponencia expuesta en el marco de la Jornada «El acceso de las PYMES a la contratación pública», celebrada en Barcelona el 26.2.2015 y organizada por la Federació de Municipis de Catalunya.

GIMENO FELIU, J.M. (2015g): «La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE». *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 172, juliol – setembre 2015. Pàgs. 81 – 122.

GIMENO FELIU, J.M. (2015h): «Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos públicos. La directiva de concesiones.» Ponencia impartida en el VI Seminario sobre nuevos escenarios de la contratación pública, Formigal, 23.9.2015. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.850/relcategoria.118/relmenu.2/chk.78e5ccf38cdde9e835bcb274aa8c7081>

GIMENO FELIU, J.M. (2016): «Novedades del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público. La transposición de las Directivas de Contratación Pública en España». Ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Contratación Pública celebrado en Cuenca los días 21 y 22 de enero de 2016. Accesible en el Observatorio de la Contratación Pública: <http://www.obcp.es/index.php/mod.noticias/mem.detalle/id.935/relcategoria.118/relmenu.2/chk.f4d6c6e3310631de42e822f20e39d925>

GIMENO FELIU, J.M. (2016b): «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 58-59, febrero-marzo 2016.

GIMENO FELIU, J.M. (2016c): «Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público». Ponencia impartida en la Jornada sobre el impacto de las nuevas directivas de contratos de la UE en la regulación de las modificaciones de contratos del Sector Público organizada con la colaboración del Observatorio de Contratación Pública (ObCP), celebrada el 2.5.2016, Facultad de Derecho. Universidad de Coruña; accesible en:

http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_Jose-Maria-Gimeno-Jornada-impacto-nuevas_directivas-UE-regulacion-modificaciones-contratos-sector-publico_3f13ca99%232E%23pdf/chk.d22a835b2474f60b57b9ef16dc46d47e

GIMENO FELIU, J.M. (2016d): «Un paso firme en la construcción de una contratación pública socialmente responsable mediante colaboración con entidades sin ánimo de lucro en prestaciones sociales y sanitarias». *Observatorio Contratación Pública*, 9.2.2016; accesible en:

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.232/chk.1771f46f118ba8be5949aec744423521>

GIMENO FELIU, J.M. (2016e): «El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo en España». *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 143 (mayo-junio 2016).

GIMENO FELIU, J.M. (2016f): «El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades. (La orientación estratégica de la contratación pública)». En RODRIGUEZ-CAMPOS, S. (Coord.): *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*. Marcial Pons.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (2016): «La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos». *La administración al día*. Publicado el 25.5.2016. Accesible en:

http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1506183&nl=1&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=25/5/2016

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L (2007): *Los servicios públicos locales: concepto, configuración y análisis aplicado*. Barcelona. Bayer Hnos., S. A.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L (2014): «El sector público local: redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos». En CARRILLO DONAIRE, J.A. y P. NAVARRO RODRÍGUEZ (Dir.): *La Reforma del régimen jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*. La Ley/El Consultor de los Ayuntamientos.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. (2015): «Modificación de la Ley de contratos del sector público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas».

Revista General de Derecho Administrativo núm. 40, 2015 y revista *La Administración al Día* del INAP, 5.11.2015. Accesible en:
<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505401>

MESTRE DELGADO, J.F. (2011): «Las formas de prestación de los servicios públicos locales». «La contratación local». «El servicio público de distribución de aguas». En MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.): *Tratado de Derecho Municipal II*. 3ª ed. Madrid Iustel.

MIGUEZ MACHO, L. (2006): «La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el Derecho español». En RODRIGUEZ-CAMPOS, S. (Coord.): *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*. Marcial Pons.

RAZQUIN LIZÁRRAGA, J.A. (2012): «La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno». *Revista Aranzadi Doctrinal*, junio 2012, núm. 3 (p. 171-190).

RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (2014): «Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)». *Revista española de derecho administrativo*, nº 161, pp. 37-74.

RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (2016): «Transposición de las nuevas Directivas de contratación pública: similitudes y diferencias respecto del marco jurídico en España». En RODRIGUEZ-CAMPOS, S. (Coord.): *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*. Marcial Pons.

SÁIZ RAMOS, M. (2012): «Reflexiones prácticas sobre la diferencia entre los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos». *Revista Contratación Administrativa Práctica*. La Ley, núm. 118, abril 2012.

VILLAR ROJAS, F.J. (2016): «La resiliencia del contrato de gestión de servicio público frente a las normas europeas de contratación pública». En HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (Dir.): *El impacto de la crisis en la contratación pública*. Aranzadi.

Barcelona, 20 de enero de 2017.